



Les sans-papiers et leur droit d'avoir des droits: Une approche par l'éthique de la discussion

Insa Breyer, Speranta Dumitru

► To cite this version:

Insa Breyer, Speranta Dumitru. Les sans-papiers et leur droit d'avoir des droits: Une approche par l'éthique de la discussion. *Raisons politiques*, 2007, Choisir ses immigrés?, 26 (2), pp.125-147. 10.3917/rai.026.0125 . halshs-01348368

HAL Id: halshs-01348368

<https://shs.hal.science/halshs-01348368>

Submitted on 22 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES SANS-PAPIERS ET LEUR DROIT D'AVOIR DES DROITS.

Une approche par l'éthique de la discussion

Insa Breyer et Speranta Dumitru Nalin

Presses de Sciences Po | *Raisons politiques*

2007/2 - n° 26
pages 125 à 147

ISSN 1291-1941

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2007-2-page-125.htm>

Pour citer cet article :

Breyer Insa et Dumitru Nalin Speranta , « Les sans-papiers et leur droit d'avoir des droits. » Une approche par l'éthique de la discussion,
Raisons politiques, 2007/2 n° 26, p. 125-147. DOI : 10.3917/rai.026.0125

Distribution électronique Cairn.info pour Presses de Sciences Po.

© Presses de Sciences Po. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

INSA BREYER ET SPERANTA DUMITRU

Les sans-papiers et leur droit d'avoir des droits. Une approche par l'éthique de la discussion¹

Dans les discours politiques actuels, on justifie généralement le refus de régulariser les sans-papiers par des raisons de nature *conséquentialiste*. Le raisonnement est bien connu : la régularisation enverrait un signal d'encouragement – un « appel d'air » – à d'autres immigrants potentiels qui franchiraient les frontières sans visa d'entrée et n'auraient ensuite qu'à attendre une nouvelle décision de régularisation. Un processus apparemment sans fin. Aussi le refus de régulariser les sans-papiers qui se trouvent déjà sur le territoire s'imposerait-il comme une mesure inévitable pour tout pays qui veut dissuader l'arrivée de migrants non souhaités et éviter ce qui a été appelé l'« immigration subie ».

Cette justification ne relève évidemment pas d'une *éthique fondée sur les droits*. Du point de vue d'une telle éthique, il est illégitime de refuser des droits au nom des conséquences meilleures que l'on pourrait en retirer. Il est encore moins légitime de refuser des droits à certaines personnes au nom d'un meilleur contrôle qu'on gagnerait sur les agissements *d'autres personnes*. Autrement dit, prendre les droits au sérieux, c'est dans cette perspective refuser de les marchander. Mais peut-on dire des sans-papiers qu'ils ont

1. Nous remercions François Hudon, Anne Joly et Vincent Aubert pour leur lecture attentive.

des droits et surtout qu'ils ont un droit d'être régularisés et donc d'accéder à d'autres droits ?

Cet article entend répondre par l'affirmative à ces questions. Selon la thèse que nous allons défendre, ne pas respecter le droit de tout un chacun à une existence légale constitue une injustice fondamentale, dès lors que nous reconnaissons que toute personne humaine possède un *droit d'avoir des droits*, et cela quel que soit l'endroit où elle se trouve. Le corollaire de cette thèse est qu'une politique de l'immigration qui se veut toujours « choisie » et jamais « subie » ne peut pas être acceptable d'un point de vue éthique.

Cet article est structuré en quatre parties. La première partie analyse le concept de *droit d'avoir des droits*, tel que Hannah Arendt l'a forgé. Sa fonction était de mettre en évidence la tension entre l'universalité des droits de l'homme et la décision d'en reléguer la protection aux seuls États. Cette tension est apparue au grand jour pendant la Seconde Guerre mondiale, lorsque des millions de personnes déplacées se sont retrouvées sans protection. La deuxième partie de cet article est consacrée à la solution proposée par Seyla Benhabib à cette tension. Empruntant la voie de l'éthique de la discussion, elle montre pourquoi les étrangers qui résident dans un pays démocratique ont un droit d'appartenir à cette communauté politique, quelle que soit la difficulté que l'État impose pour y parvenir. Dans la troisième partie, nous comparerons la situation des apatrides d'autrefois à celle des sans-papiers d'aujourd'hui afin d'éclaircir les implications juridiques et politiques de l'absence d'existence légale. Nous montrerons dans la quatrième partie pourquoi l'argument de l'appel d'air constitue une justification inacceptable du refus de régulariser les sans-papiers.

Le droit d'avoir des droits

La notion arendtienne d'un *droit d'avoir des droits* peut paraître contradictoire². D'un côté, elle exprime une revendication fondamentale, celle d'être toujours protégé par des droits, et nous permet d'expliquer pourquoi priver quelqu'un de tout droit nous apparaît toujours comme une action profondément injuste : c'est une violation du *droit* qu'aurait toute personne d'avoir des droits. D'un

2. Frank Michelman, « Parsing "a Right to Have Rights" », *Constellations*, vol. 3, n° 2, 1996, p. 200-208.

autre côté, cette formule, aussi simple et perspicace qu'elle puisse paraître, n'est pas sans difficultés conceptuelles. Si un tel droit existait, il devrait aussi s'ensuivre, de façon quelque peu paradoxale, qu'il n'y aurait jamais de personnes privées de *tous* les droits. Même dans le déni de *tous* leurs droits – à la vie, à la sûreté de la personne, à la liberté de conscience, etc. – les individus resteraient toujours possesseurs d'un droit, celui d'avoir des droits. Or, lorsque Arendt écrivait son texte sur « les embarras suscités par les droits de l'homme³ » après la Seconde Guerre mondiale, elle pensait que les personnes appartenant aux minorités et forcées de devenir apatrides étaient réellement privées de tous les droits. C'est précisément ce qui rendait possible l'arbitraire absolu, le fait de les interner dans des camps ou de les tuer. Que voulait donc dire Arendt en affirmant à la fois que ces gens se trouvaient dépourvus de tout droit et qu'ils avaient pourtant un droit (celui d'avoir des droits) ?

Une manière d'échapper au paradoxe est de comprendre la première occurrence du mot « droit » dans l'expression « *droit d'avoir des droits* » comme un droit de type différent, un droit moral fondamental, supérieur aux droits spécifiques sur lesquels il porte. Mais cela n'est pas la solution d'Arendt. Pour elle, comme pour Seyla Benhabib qui reprend ce concept cinquante ans plus tard, revendiquer le droit d'avoir des droits, c'est exiger simplement une existence légale pour chacun. En dernière instance, cela revient à défendre, chez les deux auteurs, un droit d'appartenir à une communauté politique, laquelle est seule en mesure de reconnaître et de garantir les droits de l'homme sous des formes plus spécifiques.

La solution d'Arendt procède d'une analyse plutôt pessimiste du statut des droits de l'homme, dont les États se trouvaient être les uniques gardiens. Arendt estime que les droits fondamentaux, traités en parent pauvre par la théorie politique de son époque et parrainés par des juristes sans expérience politique, sont surtout assis sur une profonde contradiction. D'une part, ils sont supposés « reçus par naissance » et « inaliénables », découlant de « la nature humaine » et, comme tels, assimilés à « des vérités incontestables » qui n'ont guère besoin d'être reconnues par des lois spécifiques. Mais, d'autre part, pour devenir juridiquement effectifs, ces droits sont reconnus au travers de déclarations et de traités internationaux

3. Hannah Arendt, *Les origines du totalitarisme*, Vol. 2 *L'impérialisme*, trad. de l'angl. par Martine Leiris, Paris, Fayard, 1982 (*The Origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt/Brace, 1951).

soumis à la signature des États-nations. Toute violation des droits humains est désormais mise au compte d'un défaut de souveraineté populaire et nationale. Sans doute, les communautés en question ne sont-elles pas suffisamment démocratiques ou pas encore affranchies de l'oppression externe, dès lors que « seule la souveraineté émancipée du peuple, de leur propre peuple, semblait être capable de mettre les hommes à l'abri⁴ ». Or, Arendt estime que ce type d'explication, qu'on a encore coutume d'invoquer et qui rend « la question des droits de l'homme inextricablement mêlée à la question de l'émancipation nationale », est source de véritables problèmes, ne serait-ce que parce que les États, même les plus « civilisés », se sont révélés capables de violer les droits fondamentaux.

Le diagnostic que nous livre Arendt sur la tension créée par l'universalité des droits de l'homme dans un monde d'États-nations n'est pas nouveau. Son originalité consiste plutôt à mettre en évidence les conséquences ultimes d'une situation juridique qui rattache les droits de l'homme aux droits des peuples. Arendt observe en effet que dans un monde exclusivement gouverné par les États-nations, « les traités de réciprocité et les accords internationaux tissent autour de la terre un réseau de droits qui fait que le citoyen emporte son statut juridique où qu'il aille⁵ ». Plus que son humanité, c'est sa citoyenneté et les accords signés par son pays qui dictent la garantie de ses droits humains. Et sa qualité de ressortissant d'un pays le poursuit comme une nécessité dès lors qu'il ne reste plus aucun endroit sur terre qui se soustrait à la juridiction d'un État.

Coller ce statut à toute personne humaine crée une situation juridique qui passe inaperçue tant que les citoyens résident là où ils sont nés et sont reconnus par l'État qui est censé protéger leurs droits. Ce n'est que lorsqu'un État retire sa protection, en forçant par exemple ses ressortissants à émigrer, que la fragilité de ce type de garantie apparaît au grand jour, avec ses conséquences tragiques. Le concept d'un droit d'avoir des droits vise à saisir cette fragilité. Comme l'écrit Arendt, « nous n'avons pris conscience de l'existence d'un droit d'avoir des droits (ce qui signifie : vivre dans une structure où l'on est jugé en fonction de ses actes et de ses opinions) et du droit d'appartenir à une certaine catégorie de communauté organisée que lorsque des millions de gens ont

4. *Ibid.*, p. 289.

5. *Ibid.*, p. 293.

subitement perdu ces droits sans espoir de retour, par suite de la nouvelle situation globale⁶ ».

Cette référence à « des millions de gens » ne nous sort-elle pas de l'éthique des droits, pour nous plonger de nouveau dans un cadre utilitariste, habituellement soucieux du sort du « plus grand nombre » ? La reconnaissance du droit d'avoir des droits serait-elle de fait conditionnée au nombre de gens qui se retrouvent sans État ? Il n'en est rien. Notons d'abord que la réflexion d'Arendt s'accommode mal à ces distinctions éthiques : d'une part parce que la conception qu'elle se fait des droits est plutôt politique ; de l'autre, parce que la référence aux « millions de gens » joue avant tout un rôle épistémologique dans son raisonnement. Son idée est que le grand nombre de personnes devenues apatrides fait exploser la tension entre les droits humains et leur protection par les États-nations. Mais cette tension était déjà présente et ses conséquences sur le sort de millions de gens ne font que la rendre tragiquement visible. Par exemple, si un droit d'asile était auparavant reconnu pour celles et ceux que leur gouvernement persécutait, « les choses se sont compliquées lorsqu'il est apparu que les nouvelles catégories de persécutés étaient bien trop nombreuses pour être traitées selon une pratique non officielle destinée à des cas exceptionnels⁷ ». Autrement dit, si les garanties offertes par les États semblaient encore fonctionner lorsque l'octroi du statut de réfugié n'était qu'occasionnel, la protection des droits de l'homme volait réellement en éclats dès lors qu'on la confrontait à des millions de persécutés. Mais qu'est-ce qu'une *garantie* qui ne fonctionne qu'occasionnellement, dans des « cas exceptionnels » ? Le nombre jouait donc le rôle de révélateur, amplifiant les défauts de principe du système de protection. Tout se passait comme si « tout à coup, il n'y avait plus eu un seul endroit sur terre où les émigrants puissent aller sans tomber sous le coup des restrictions les plus sévères, aucun pays où ils aient une chance de s'assimiler, aucun territoire où ils pourraient fonder leur propre communauté⁸ ».

Comment Arendt envisage-t-elle la sortie de cette impasse ? La conception politique qu'elle se fait des droits l'empêche de fournir une véritable solution. Arendt estime en effet que les droits humains n'ont de réalité et ne prennent forme que dans une communauté politique, ce qui l'amènera à interpréter le droit

6. *Ibid.*, p. 297.

7. *Ibid.*, p. 293.

8. *Ibid.*, p. 292.

d'avoir des droits comme un droit d'appartenir à une communauté. Ce droit est celui de ne pas être déchu de la qualité de membre ou de constituer, le cas échéant, une nouvelle communauté politique, qui soit plus à même de protéger les droits humains.

La préférence pour cette interprétation politique – et non morale – du droit d'avoir des droits n'est pas sans lien avec l'expérience des survivants des camps de concentration. Pour eux, les droits humains, bien qu'inaliénables et reçus par naissance, s'étaient avérés sans utilité, ineffectifs en termes de protection, si ce n'est « le pire des dangers », comme Arendt ne se garde de les qualifier. Selon elle, « à cause de cela ils ont été traités comme des sauvages et de peur de finir par être considérés comme des bêtes ils ont insisté sur leur *nationalité*, (...) *leur dernier lien existant et reconnu avec l'humanité*⁹ ». Autrement dit, l'humanité « nue », dépouillée des caractéristiques spécifiques, que les droits moraux supposent, rapproche les personnes des « sauvages », les exposant ainsi au risque de mauvais traitements. Si cette position est difficilement acceptable dans ces termes, on peut au moins en retenir l'intention d'Arendt, qui était de montrer pourquoi la revendication de la nationalité a pu apparaître, dans le contexte de l'après-guerre, comme la seule stratégie de sauvetage.

La position d'Arendt, qui revient à résorber le droit d'avoir des droits dans le droit d'appartenir à une communauté politique, semble incohérente pour au moins deux raisons. Premièrement, si le droit d'avoir des droits signifie, selon ses propres termes, « vivre dans une structure où l'on est jugé en fonction de ses actes et de ses opinions¹⁰ », alors le droit d'appartenir à une communauté, sans qualifier cette communauté, ne constitue pas une solution. Les communautés, qu'il s'agisse des communautés existantes ou nouvellement créées, peuvent violer des droits. Deuxièmement, et plus fondamentalement, Arendt reconnaît elle-même – et n'oublions pas qu'elle écrit sur l'origine du totalitarisme – qu'un monde exclusivement composé de communautés, qu'une « humanité complètement organisée » et entièrement régie par des accords étatiques, peut aboutir à ce que « la perte de statut politique revient à être expulsé de l'humanité entière »¹¹. C'est en effet ce monde où il n'y a de place que pour les communautés qui est à l'origine du problème

9. *Ibid.*, p. 303 (nous soulignons).

10. *Ibid.*, p. 297.

11. *Ibid.*, p. 297-298.

qu'elle identifie. Malgré cela, la solution qu'Arendt propose ne vise pas une protection des droits de l'homme qui s'affranchirait des structures nationales ou en limiterait le pouvoir. Tout se passe comme si en garantissant en priorité l'un de ces droits – le « droit d'avoir une nationalité¹² » – et en l'élevant au rang de droit fondamental, on trouverait une solution pour la protection de tous les autres droits humains. Mais on peut craindre que le problème d'Arendt ne se retrouve ainsi à son point de départ.

Le droit à l'appartenance dans une communauté dialogique

Depuis la Seconde Guerre mondiale, plusieurs instruments juridiques ont été créés afin d'éviter que des situations d'émigration forcée, avec leur cortège de conséquences tragiques, ne se répètent. Entre autres, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* interdit explicitement les dénaturalisations¹³, reconnaît le droit de retour au pays¹⁴ et affirme le droit d'asile comme un droit fondamental¹⁵. On peut encore craindre que, malgré ces précautions, l'affirmation de ces droits dans un contexte de souverainetés étatiques ne nous laisse dans les mêmes « embarras » déplorés par Arendt. Par exemple, la volonté de renforcer le droit de chercher asile, en y ajoutant un droit « de bénéficier de l'asile *en d'autres pays* » peut s'avérer superflue. La raison n'est pas seulement que personne ne demande asile dans son propre pays. Plus fondamentalement, reconnaître un droit sans l'assortir d'une obligation pour des tiers – les « autres pays » restant souverains de leurs décisions – c'est au plus garantir une liberté, mais non un droit et encore moins un droit fondamental¹⁶. Aussi longtemps que les « autres pays » continuent, comme le remarque Seyla Benhabib, « à garder jalousement *l'obligation d'accorder* l'asile comme un privilège de leur souveraineté¹⁷ », le droit de bénéficier de

12. Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 15 (1).

13. Cf. art. 15 (2) : « Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité ».

14. Cf. art. 13 (2) : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

15. Cf. art. 14 (1) : « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ».

16. Sur la distinction entre droits et libertés, voir Wesley Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, vol. 23, n° 1, 1913, p. 16-59.

17. Seyla Benhabib, *The Rights of Others : Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 69 (notre traduction).

l'asile reste pour le moins incertain. Y a-t-il toutefois une façon de résoudre la tension entre l'affirmation des droits de l'homme et celle de la souveraineté étatique sans renoncer à aucun de ses termes ?

Seyla Benhabib pense qu'il y a au moins une façon de la diminuer. Pour elle, le point de vue selon lequel les institutions internationales ne résulteraient que de contrats entre des États souverains n'est plus pertinent pour comprendre la complexité juridique des sociétés contemporaines¹⁸. En effet, la mondialisation, avec ses effets économiques, écologiques et informationnels transfrontaliers rend le concept de territorialité anachronique. Toujours est-il que malgré l'« effondrement du concept traditionnel de souveraineté, le monopole sur un territoire est exercé au travers des politiques d'immigration et d'acquisition de nationalité¹⁹ ».

L'originalité de cette position consiste à montrer que même sans abandonner la perspective interétatique, les États possèdent encore des ressources pour « réarticuler l'universel », à condition qu'ils soient démocratiques et prennent leurs décisions en respectant certaines normes de délibération. En effet, même dans un ordre historiquement donné, qui fait – et Benhabib est claire là-dessus – qu'il existe « un nœud gordien liant la territorialité, la représentation et la voix démocratique », les démocraties qui fonctionnent bien s'interrogent constamment sur les limites de leurs propres compétences et de leur propre autorité. C'est en partant de cette interrogation sur les limites de la communauté politique et en la fondant sur une éthique de la discussion que Benhabib pense donner leur pleine signification aux idées d'appartenance et de droit d'avoir des droits.

Le projet de Seyla Benhabib est d'élaborer une théorie cosmopolitique de la justice qui soit centrée sur la redistribution à l'échelle globale non pas des richesses mais de l'appartenance. Sa question est de savoir comment la qualité de membre d'une communauté politique peut faire l'objet d'une distribution juste. Sa théorie porte donc sur les limites de l'organisation politique, celles qui définissent certains comme membres et d'autres comme étrangers. Quant à son argumentation en faveur d'un droit fondamental à l'appartenance, elle se revendique de l'éthique de la discussion et prend appui sur le concept de liberté communicative. Aussi les droits de l'homme, qui représentent des conditions d'autonomie pour tout

18. *Ibid.*, p. 216.

19. *Ibid.*, p. 5.

un chacun, sont-ils considérés comme encadrés par un droit plus fondamental, le droit à la justification²⁰. Cela signifie que les libertés « ne peuvent être restreintes que par des normes justifiables réciproquement²¹ ». Dans ce cadre, l'égalité et l'autonomie de chacun exigent que le processus de justification ait recours à des raisons qui soient acceptables aux yeux de tous et qui respectent donc pleinement leur liberté communicative.

Comment passe-t-on des normes formelles concernant la justification et le dialogue à des positions plus substantielles appuyant un droit à l'appartenance ? L'argument que suggère Seyla Benhabib est le suivant : « si vous et moi entrons dans un dialogue moral et si je suis membre d'un État auquel vous cherchez à appartenir, alors je dois être à même de vous montrer, avec des bonnes raisons également acceptables pour chacun d'entre nous, pourquoi vous ne pourrez jamais rejoindre notre association et devenir l'un des nôtres²². » Or, parmi ces raisons, le *type d'être humain* que vous êtes – la race, le sexe, l'ethnie, la religion, la langue de votre communauté – ne pourra jamais faire partie d'une justification acceptable sur la base de la réciprocité. Dans le cas contraire, votre liberté communicative sera gravement violée, et cela au nom des caractéristiques que vous n'avez pas choisies, mais qui vous sont attachées par le hasard de la naissance. Notons que cette distinction entre les circonstances liées au hasard et ce qui relève des choix d'une personne, l'éthique de la discussion la partage avec le libéralisme égalitaire²³.

Quelles sont les conséquences de l'instauration d'un dialogue fondé sur des raisons acceptables par tous ? Une première conséquence consiste en une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'État quant à la définition de l'appartenance. Certes, un État a le

20. Rainer Forst, « The Basic Right to Justification : Toward a Constructivist Conception of Human Rights », *Constellations* vol. 6, n° 1, 1999, p. 35-60.

21. S. Benhabib, *The Rights of Others...*, *op. cit.*, p. 133 (notre traduction).

22. *Ibid.*, p. 138.

23. La distinction entre choix et circonstances, remise au goût du jour par John Rawls, *Théorie de la justice*, trad. de l'angl. par Catherine Audard, Paris, Seuil, 1987 (*A Theory of Justice*, Cambridge, Oxford University Press, 1973 [1971]), a donné lieu à un champ de recherche fécond, à commencer par l'étude de Ronald Dworkin, « What is Equality ? Part 2 : Equality of Resources », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, n° 4, 1981, p. 283-345. Étonnamment, la pertinence de cette distinction sur la question de l'immigration est, à quelques exceptions près, peu reconnue par les auteurs libéraux. Voir toutefois Loren Lomasky, « Toward a Liberal Theory of National Boundaries », in David Miller et Sohail Hashimi (dir.), *Boundaries and Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 55-78, ainsi que l'article de Joseph Carens dans le présent volume, p. 11-39.

droit de déterminer les exigences qui font que certains deviendront membres de plein droit de la communauté et que d'autres resteront des étrangers. Mais ces exigences ne peuvent pas être telles que certaines personnes ne puissent jamais, et quoi qu'elles fassent, les remplir. Cela signifie, selon Benhabib, que « le bon vouloir d'une communauté démocratique est circonscrit : une fois l'admission survenue, le chemin vers la qualité de membre ne doit plus être bloqué²⁴ ».

Cet argument peut paraître circulaire. Exiger que la justification des critères d'appartenance soit acceptable par tous, y compris par les étrangers, n'est-ce pas une façon de considérer qu'ils appartiennent déjà à la communauté ? Une communauté démocratique ne se prive-t-elle pas ainsi de la possibilité d'exclure ces personnes, si elle le souhaite ? On remarquera que l'argument n'est circulaire que si l'on entend par « communauté » l'ensemble des personnes déjà reconnues légalement comme membres, et non celles qui forment *de facto* la communauté. En effet, plus qu'une circularité, l'argument révèle un problème épineux, celui de savoir qui constitue le *demos*²⁵. De nombreux auteurs s'accordent à dire que la démocratie – le gouvernement du peuple par le peuple – n'est pas une procédure qui permet de résoudre la question de savoir qui fait partie de ce groupe – le peuple – qui doit se gouverner par lui-même. Cette question est logiquement indépendante de celle de la méthode de décision et la théorie de la démocratie n'a pas les moyens d'y répondre. Cette question se pose de façon concrète avant chaque extension du suffrage. Pensons-nous aujourd'hui que l'octroi du droit de vote aux femmes n'aurait été légitime que s'il avait été confirmé, à l'issue d'une décision démocratique, par une majorité du groupe détenteur du droit de vote à l'époque, à savoir celui des hommes ? Notre intuition est, au contraire, que les décisions légitimes doivent être prises par toutes les parties concernées et non simplement par celles qui ont le droit de vote.

24. S. Benhabib, *The Rights of Others...*, *op. cit.*, p. 140 (notre traduction).

25. Cf. Robert Goodin, « Enfranchising All Affected Interests and Its Alternatives », *Philosophy & Public Affairs*, vol. 35, n° 1, 2007, p. 40-68. Le problème est aussi connu sous le nom de « problème de l'inclusion », cf. Robert A. Dahl, « Procedural Democracy », in Peter Laslett et James Fishkin (dir.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1979, p. 97-133 ou encore de « problème de la frontière », cf. Frederick G. Whelan, « Democratic Theory and the Boundary Problem », in James R. Pennock et John W. Chapman (dir.), *Nomos XXV: Liberal Democracy*, New York, New York University Press, 1983, p. 13-47.

Sous cet angle, l'argument de Benhabib n'apparaît plus comme faisant trop de concessions. Ses exigences sont, au contraire, minimales. En effet, les parties les plus concernées par la décision portant sur le statut de membre d'une communauté sont les étrangers eux-mêmes : ce sont leurs intérêts qui en sont le plus affectés. Une décision pleinement démocratique, qui associerait toutes les parties concernées, reviendrait à accorder aux étrangers la qualité de membre à part entière, puisqu'ils seraient dotés des droits politiques. Or, l'argument de Benhabib ne demande pas que la décision soit prise par toutes les parties concernées mais seulement qu'elle soit justifiée dans des termes acceptables aux étrangers appartenant *de facto* à la communauté.

En effet, l'appartenance effective à la communauté constitue pour Benhabib le fondement de la reconnaissance juridique de l'appartenance qui doit conduire, à terme, à la qualité de membre à part entière. C'est pour cette raison qu'elle affirme que le droit de devenir membre d'une communauté politique n'est que l'obverse du droit de ne pas être déchu de sa nationalité : « tout comme vous ne pouvez pas retirer aux individus la protection étatique à votre gré, vous ne pouvez pas, en tant qu'État souverain, leur dénier éternellement la qualité de membre²⁶ ». À l'inverse, l'interdiction de la dénaturalisation devrait aller de pair avec l'interdiction d'expulser ceux qui appartiennent *de facto* à la communauté. Sur la base de cette symétrie, on peut soutenir que les étrangers établis depuis longtemps sur le territoire, qui y ont noué des liens sociaux stables ou dont les agissements ne se distinguent plus de ceux des autres membres de la communauté ont un droit de se voir reconnaître cette même qualité. Ces critères sont souvent remplis par les sans-papiers et l'un des exemples les plus frappants, dont Seyla Benhabib fait état, est celui des soldats sans-papiers qui ont donné leur vie dans la guerre américaine en Irak²⁷. Des contributions moins héroïques mais non moins volontaires sont apportées tous les jours par les sans-papiers, là où les niches sociales et économiques le permettent. C'est un argument élaboré aussi par Étienne Balibar, qui revendique des droits pour les sans-papiers dans la mesure où la communauté des citoyens résulte de tous ceux qui sont présents et actifs dans l'espace social partagé²⁸.

26. S. Benhabib, *The Rights of Others...*, *op. cit.*, p. 135 (notre traduction).

27. Tim Weiner, « A Nation at War. Immigrant Marines : Latinos Gave their Lives to New Land », *New York Times*, 4 avril 2003.

28. Étienne Balibar, « Le droit de cité ou l'apartheid ? », in Étienne Balibar, Monique

L'absence de statut légal : des apatrides aux sans-papiers

Seyla Benhabib étend à tous les étrangers se trouvant dans un pays, y compris aux sans-papiers, le raisonnement qui conduisait Arendt à doter les apatrides d'un droit d'avoir des droits. Ce rapprochement entre apatrides et immigrants avait déjà été fait par le plus éminent représentant de l'éthique de la discussion, Jürgen Habermas. Celui-ci estime que les immigrants du Sud correspondent aujourd'hui aux « personnes déplacées » de la Seconde Guerre mondiale et que leur rejet équivaut souvent à un « chauvinisme de la prospérité »²⁹. Mais ce rapprochement n'est-il pas forcé ? En regardant de plus près le statut juridique et politique des apatrides et des sans-papiers, nous observerons la même privation d'existence légale. Ce constat nous permettra ensuite de mieux distinguer entre deux significations du droit d'avoir des droits, confondues dans l'analyse d'Arendt. Pour ces catégories, en effet, le droit de posséder un statut juridique est loin d'être une revendication de devenir membre à part entière de la communauté politique.

À première vue, le rapprochement entre les apatrides d'autrefois et les sans-papiers d'aujourd'hui peut paraître inadéquat. La principale différence tient aux conditions de l'émigration, aux causes différentes de leur départ. Utilisant à nouveau la distinction entre choix et circonstances, on pourrait dire que l'émigration des apatrides de la Seconde Guerre mondiale était forcée et n'avait donc pas de rapport avec leurs propres actions, tandis que celle des sans-papiers représente parfois le résultat d'un choix personnel. Deuxièmement, il n'y avait pour les apatrides, à la satisfaction des Nazis comme le note Arendt, aucun pays qui les réclamait, tandis que les sans-papiers disposent presque toujours, du moins en théorie, de la protection juridique de leur État d'origine. Ces deux caractérisations valent tant que l'on ne prend pas en compte les sans-papiers qui ont fui leur pays mais se retrouvent déboutés de l'asile politique.

Malgré ces différences fondamentales, il existe aussi des similitudes entre les sans-papiers et les apatrides. Elles tiennent

Chemillier-Gendreau, Jacqueline Costa-Lascoux et Emmanuel Terray (dir.), *Sans-papiers : l'archaïsme fatal*, Paris, La Découverte, 1999, p. 115.

29. Jürgen Habermas, « Immigration et chauvinisme du bien-être », trad. de l'all. par Hervé Pourtois, *La Revue nouvelle* XVC/11, nov. 1992, p. 76-84, texte repris dans *L'intégration républicaine. Essai de théorie politique*, trad. de l'all. par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1996, p. 86 (*Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1996).

principalement à l'absence de statut juridique. Qu'est-ce qui caractérise cette situation ? Premièrement, l'absence de statut légal est sans lien avec des crimes spécifiques. Les sans-papiers, comme l'étaient les réfugiés décrits par Arendt, sont « persécutés non pas à cause de ce qu'ils avaient fait ou pensé, mais parce qu'ils [sont] nés pour toujours dans la mauvaise catégorie³⁰ ». Certes, on pourrait objecter que les sans-papiers, bien qu'ils n'aient pas commis d'autres crimes, ont toutefois enfreint une loi, celle qui leur interdisait d'entrer sur le territoire ou, selon le cas, de s'y maintenir en l'absence d'une prolongation du permis de séjour. Mais on remarquera aisément que le statut des sans-papiers ne dépend pas de ce que ces personnes ont fait, à savoir violé une loi, car elles ne seraient pas davantage régularisées si elles respectaient la loi.

Deuxièmement, la condition des apatrides et des sans-papiers n'est pas seulement sans rapport avec des crimes spécifiques, mais encore singulière du point de vue du droit. En effet, les criminels sont au plus privés de certains de leurs droits, mais jamais de tout statut légal. Dès lors, le statut de criminel devient presque avantageux pour quelqu'un privé d'existence légale. Pour reprendre les termes d'Arendt, « d'une manière surprenante, cette catégorie d'apatrides trouve un avantage juridique à commettre un acte criminel car il semble plus facile de priver d'existence légale une personne totalement innocente que quelqu'un qui a commis un méfait³¹ ». Cependant, le seul avantage que les apatrides d'autrefois, comme les sans-papiers d'aujourd'hui, peuvent obtenir de cette façon est la reconnaissance légale de leur existence plutôt que la reconnaissance de leur existence légale. Par exemple, en France, jusqu'à récemment, celles et ceux qui refusaient l'éloignement pouvaient être condamnés à une peine de prison, ce que certains choisissaient volontiers de faire. Mais le fait d'avoir purgé cette peine ne leur conférait pas pour autant un statut légal régulier.

Troisièmement, « le grand malheur des sans-droits », disait Arendt, « n'est pas de ne pas être égaux devant la loi, c'est qu'il n'existe pour eux aucune loi ; ce n'est pas d'être opprimés, mais que personne ne se soucie de les opprimer³² ». Cette description vaut également pour les sans-papiers. Si l'on objectait qu'il y a toujours oppression des sans-droits, ne serait-ce que parce que le

30. S. Benhabib, *The Rights of Others...*, *op. cit.*, p. 294 (notre traduction).

31. *Ibid.*, p. 295.

32. *Ibid.*, p. 296.

travail clandestin est habituellement sous-payé, on remarquera que le sens de la remarque d'Arendt est juridique. Les lois, y compris celles qui dénoncent l'oppression, n'ont pas vocation à défendre celles et ceux qui ne sont pas censés tomber sous leur juridiction.

Quatrièmement, l'absence de statut légal va de pair avec l'absence de moyens institutionnels pour exercer les libertés fondamentales. La comparaison que fait Arendt entre la situation des réfugiés et celle des esclaves de l'Antiquité vaut également pour les sans-papiers : « Le mal fondamental de l'esclavage eu égard aux droits de l'homme n'est pas de leur avoir ôté la liberté (cela peut se produire dans bien d'autres situations), mais d'avoir retiré à une certaine catégorie de gens jusqu'à la possibilité de lutter pour la liberté – lutte qui reste possible dans la tyrannie³³. » Ce que Arendt suggère est que dans une tyrannie, ce sont les libertés de tous qui sont entravées, tandis que dans des régimes que l'on ne saurait qualifier de tyranniques, certaines catégories des personnes – les esclaves et, par analogie, les apatrides et les sans-papiers – se voient refuser l'accès aux droits et aux moyens institutionnels pour faire avancer leurs intérêts. Par exemple, bien que la liberté d'association soit considérée comme un droit fondamental de l'homme, universellement garanti, les sans-papiers, qu'ils vivent ou non dans des pays démocratiques, ne peuvent pas exercer cette liberté. Ils sont, comme les esclaves, « socialement morts »³⁴. Certes, leurs réunions peuvent être clandestines, comme elles l'ont toujours été dans la lutte pour la liberté contre les régimes tyranniques. Mais la clandestinité est, pour les sans-papiers comme pour les esclaves, constitutive : ils ne pourront jamais porter eux-mêmes leur cause. Bien au contraire, en se gardant de sortir de la clandestinité, ils doivent convaincre des personnes dotées de statut légal d'agir pour faire avancer leurs intérêts.

Certes, certains avantages spécifiques leur sont parfois concédés. Mais cette concession est ambiguë car les mêmes États qui reconnaissent ces avantages en rendent la jouissance particulièrement précaire. Tel est le cas du droit à l'aide médicale de l'État en France ou du droit à l'éducation des enfants des sans-papiers en

33. *Ibid.*, p. 298.

34. Voir John Rawls, *Le libéralisme politique*, trad. de l'angl. Catherine Audard, Paris, PUF, 1995, p. 59 (*Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993) ainsi que Orlando Patterson, *Slavery and Social Death*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

Allemagne. En France, la loi reconnaît à tout étranger dont le séjour n'est pas régulier le droit de disposer gratuitement de certains soins médicaux³⁵. Toutefois, ce droit semble porter davantage sur la gratuité que sur les soins médicaux. Ainsi, lorsqu'une récente circulaire ministérielle émet des recommandations pour rendre les interpellations des sans-papiers plus efficaces – c'est-à-dire moins attaquables en justice pour vice de procédure et permettant l'éloignement sans tarder de l'étranger – elle rappelle que « les services de police et les unités de gendarmerie ont libre accès aux établissements ouverts au public tels qu'un hôpital³⁶ ». Elle fait la part entre lieux privés et publics dans un hôpital et mobilise la jurisprudence pour distinguer entre les chambres des patients, traitées selon le régime de protection d'un domicile privé, et un bloc opératoire assimilable à un espace public. Certes, la valeur juridique d'une circulaire est menue, mais on peut douter que le droit des sans-papiers à se faire soigner soit garanti dans toutes les enceintes.

Quant à l'Allemagne, bien qu'elle ait signé dès 1990 la Convention relative aux droits des enfants, elle a pris soin d'assortir sa signature d'une note relative au droit à l'éducation³⁷. Elle entendait ainsi écarter toute possibilité d'interpréter le texte comme une autorisation implicite au séjour illégal ou comme une restriction au droit des gouvernements à exercer un contrôle sur l'entrée ou le séjour illégaux. Autrement dit, le gouvernement se réserve le droit d'appliquer également aux écoliers les lois relatives au droit de séjour et d'établir une distinction entre les enfants possédant un titre de séjour et ceux qui n'en ont pas³⁸. Certes, cela ne veut pas dire que sur le plan légal, les enfants sans titre de séjour n'ont pas le droit d'aller à l'école en Allemagne. Mais en pratique, la famille, en y envoyant ses enfants, risque l'expulsion par la mise au jour de sa situation d'irrégularité dans un contexte où les pouvoirs publics sont tenus de dévoiler la présence de sans-papiers. La famille a

35. Cf. art. L. 251-1 du *Code de l'action sociale et des familles*.

36. Circulaire NOR/JUS/D/0630020C du 21 février 2006, p. 6.

37. L'article 28 de la *Convention* règle les questions d'éducation, stipulant notamment que les « États parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation ». Les États parties doivent rendre l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous, une règle qui vaut également pour les enfants sans-papiers. Pour le texte de la Convention, voir : <http://www.ohchr.org/french/law/crc.htm> (consulté le 1^{er} mars 2007).

38. Annette Sinn, Axel Kreienbrink et Hans Dietrich von Loeffelholz, *Illegal aufhältige Drittstaatsangehörige in Deutschland : staatliche Ansätze, Profil und soziale Situation : Forschungsstudie 2005 im Rahmen des Europäischen Migrationsnetzwerks*, Nuremberg, Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, 2006, p. 28.

plutôt intérêt à ne pas scolariser ses enfants, tout comme les sans-papiers en France ont intérêt à ne pas se faire soigner. Si, du point de vue étatique, ces droits ne sont pas enfreints, la garantie effective de ces droits reste pour le moins précaire³⁹.

Au terme de cette comparaison, nous observons que le droit d'avoir des droits est prioritairement un droit d'avoir une existence légale. Le droit de devenir membre de la communauté politique, s'il est situé sur le même continuum, comme le montre Seyla Benhabib, est loin de constituer la revendication la plus urgente des sans-droits. Le recoupement que fait Arendt entre ces deux significations du droit d'avoir des droits la conduit à chercher la protection des droits humains au travers du droit de constituer sa propre communauté. Dans la perspective de Benhabib, en revanche, le pouvoir de la communauté politique devrait être limité pour faire place au respect des droits fondamentaux de ceux qui appartiennent *de facto* à la communauté.

L'argument de l'appel d'air

Lorsque Seyla Benhabib se montre favorable à la régularisation des sans-papiers⁴⁰, elle ne prend pas en compte ce que nous pouvons appeler « l'argument de l'appel d'air », le fait que la régularisation enverrait un signal d'encouragement à d'autres immigrants potentiels qui franchiraient les frontières sans visa d'entrée et n'auraient ensuite qu'à attendre une nouvelle décision de régularisation. En effet, l'argument de l'appel d'air semble fallacieux si on le confronte non seulement à l'éthique de la discussion, mais aussi à d'autres théories normatives, qu'elles soient fondées sur les droits ou les conséquences.

Les ressources que l'éthique de la discussion peut mobiliser contre l'argument de l'appel d'air ont recours aux notions d'*appartenance* et de *justification*, qui sont, on l'a vu, au cœur de cette approche. En premier lieu, toute personne qui appartient *de facto* à la communauté a le droit d'avoir des droits, en commençant par le droit d'avoir une existence légale. En second lieu, les droits d'une personne, quelle qu'elle soit, ne peuvent être restreints que par des

39. Cf. Die deutschen Bischöfe, *Leben in der Illegalität in Deutschland – eine humanitäre und pastorale Herausforderung*, Bonn, 2001.

40. S. Benhabib, *The Rights of Others...*, *op. cit.*, p. 220.

normes réciproquement justifiables ; en particulier, la justification du refus des droits doit recourir à des raisons qui puissent être acceptées par les sans-papiers eux-mêmes.

Or, la première erreur des tenants de l'argument de l'appel d'air est non seulement qu'ils se montrent indifférents à l'appartenance *de facto* des sans-papiers, mais aussi qu'ils ne font aucune distinction entre différentes catégories de personnes en situation irrégulière. En effet, s'appuyant sur l'idée que la régularisation enverrait un signal positif à ceux qui franchiraient les frontières sans en avoir la permission, les défenseurs de la thèse de l'appel d'air traitent tous les sans-papiers comme des personnes entrées sur le territoire sans visa. Cela révèle une méconnaissance de la situation sur laquelle ils souhaitent statuer.

En réalité, le groupe des sans-papiers est hétérogène. Aux personnes entrées sans visa s'ajoutent celles à qui on refuse de prolonger le titre de séjour. Certes, toute demande de prolongation est jugée à la lumière de la conformité de la situation de l'étranger aux critères énoncés par la loi. Mais une personne peut devenir sans-papiers soit parce que sa situation a changé, soit parce que la loi a changé. Dans le premier cas, les changements de situation peuvent concerner l'étranger – celui-ci ne possède plus la qualité de conjoint, d'étudiant, de travailleur, etc., en vertu de laquelle son précédent titre de séjour lui avait été accordé – ou le pays dont il est originaire – comme c'est le cas de certains réfugiés dont le pays d'origine devient moins dangereux après quelques années. Dans le deuxième cas, toute modification de la législation du pays d'accueil qui a pour effet l'élimination ou le durcissement des critères d'octroi du titre de séjour est susceptible de « créer » des sans-papiers. Par exemple, si la loi change et conditionne le titre de séjour des étudiants par le « sérieux et la cohérence » de leurs études, comme c'est le cas en France, celles et ceux qui ne réussissent pas leurs examens ou qui changent d'orientation scolaire se voient retirer leur titre de séjour.

Lorsqu'ils refusent la régularisation des sans-papiers, les tenants de l'argument de l'appel d'air jugent de la même façon toutes ces catégories de personnes. La dissuasion des nouveaux entrants non souhaités l'emporte sur l'appartenance *de facto* à la communauté de ceux qui ont séjourné régulièrement et ont pu bâtir au fil des années des relations professionnelles, d'amitié ou conjugales, qu'ils ont pu faire et défaire comme tout autre membre de la communauté. L'injonction de Benhabib – une fois l'admission survenue, le chemin vers la qualité de membre ne doit plus être bloqué –

s'applique au mieux à ces personnes. Leur droit d'appartenir légalement à la communauté n'a pas besoin d'être considéré comme l'obverse du droit de ne pas être déchu de sa nationalité, il a le même fondement : « tout comme vous ne pouvez pas retirer aux individus la protection étatique à votre gré, vous ne pouvez pas, en tant qu'État souverain, leur dénier éternellement la qualité de membre ⁴¹ ». Cette analogie a été plutôt infirmée par la suppression récente en France de la possibilité de régulariser des personnes vivant sur le territoire depuis plus de dix ans ⁴².

Mais si la dissuasion devait l'emporter, y aurait-il quelque chose d'incorrect à ne pas faire des distinctions entre les sans-papiers qui viennent d'entrer sur le territoire et ceux qui y ont résidé régulièrement pendant de longues années ? En effet, l'argument de l'appel d'air suppose qu'il existe un lien évident entre le refus de régulariser les sans-papiers et la dissuasion des migrants prêts à entrer sans visas. Or, si ce lien s'avérait correct, le fait de ne pas distinguer entre les différentes catégories des sans-papiers devrait rendre la dissuasion peu efficace. D'une part, elle toucherait une catégorie plus large d'étrangers. À ceux qui ont des chances d'obtenir un visa en vue d'une installation plus durable, le refus de régularisation de tous les sans-papiers enverrait un signal négatif : ils sauront qu'au bout de quelques années, un accident de parcours peut les mettre en situation permanente de sans-droits. Autrement dit, le refus de régularisation ne dissuade pas seulement l'« immigration subie », mais aussi une partie de l'« immigration choisie » qui serait acceptée par l'État. D'autre part, à ceux qui ont moins de chances d'obtenir un permis de séjour et qui hésitent encore à franchir les frontières sans visa, le signal envoyé peut être encourageant : ils sauront que même s'ils attendaient un visa, leur situation pourrait se détériorer de la même façon que s'ils étaient entrés de façon irrégulière. Ils estimeront alors le bien-être espéré avant l'expulsion et ils le compareront au désagrément d'attendre un visa pour combiner statut régulier avec un éventuel séjour irrégulier. Ceux qui seront attirés par le bénéfice immédiat et qui estimeront que l'expulsion survenue après un long séjour régulier constitue une perte importante n'attendront pas le visa.

41. *Ibid.*, p. 135.

42. Il s'agit de l'abrogation récente de l'art. L. 313-11 3° du CESEDA, qui prévoyait la possibilité de régularisation pour les étrangers pouvant faire la preuve d'avoir vécu depuis plus de dix ans sur le territoire. La régularisation se fait désormais au cas par cas.

Quant à ceux dont le niveau de bien-être de départ est si bas qu'ils sont prêts à risquer leur vie avant même de franchir les frontières, aucune dissuasion, que ce soit par le refus de régularisation des sans-papiers ou par d'autres mesures, ne saurait être effective. Bref, la dissuasion ne semble fonctionner qu'à l'égard de ceux qui ont les moyens de raisonner à long terme : ils peuvent résister aux tentations du bénéfice immédiat et craignent une expulsion future, après avoir bâti une vie entière dans le nouveau pays de résidence.

Supposons toutefois que la présomption de l'appel d'air soit correcte. Y aurait-il quelque chose de fondamentalement injuste dans cet argument ? L'éthique de la discussion lui reprocherait de ne pas respecter une norme délibérative élémentaire : le caractère réciproquement acceptable des raisons invoquées. Mais pourquoi ne peut-on pas demander à certaines personnes, les sans-papiers, d'accepter une privation de droits au nom des conséquences que leur situation aurait sur les actions d'autres personnes – les immigrants potentiels ? D'une part, les raisons offertes par les tenants de l'argument de l'appel d'air semblent impartiales : elles n'ont pas recours au type de personne que sont les sans-papiers, à leur origine ou leur lieu de naissance, mais uniquement à leur absence de permis de séjour. D'autre part, l'objectif poursuivi devrait paraître lui-même acceptable pour toute personne qui se considère membre de la communauté. Pourquoi les sans-papiers, qui revendiquent l'appartenance à la société, n'en accepteraient-ils pas les objectifs ?

La justification fournie par l'argument de l'appel d'air a un défaut saillant : elle ne respecte pas le principe de proportionnalité entre le but poursuivi et la mesure adoptée. Le refus de régulariser les sans-papiers implique en effet leur maintien dans une situation de privation de droits qui est à la fois *complète* et, en principe, *perpétuelle*. Une telle sanction est singulière : d'une part, parce que la réclusion criminelle à perpétuité est encourue habituellement pour des meurtres et des crimes aggravés contre les personnes ; d'autre part, parce que si elle s'accompagne de l'interdiction de nombreux droits, les détenus ne sont jamais privés de tous leurs droits. Or, on peut douter que franchir la frontière sans visa ou se maintenir sur le territoire sans permis de séjour soit une action assimilable à de tels crimes. On pourrait objecter que nous ne sommes pas dans le cas d'une peine d'emprisonnement. Mais c'est là l'étrangeté du « crime » commis par les sans-papiers : y a-t-il un autre crime pour lequel le fait de purger la peine n'apporte pas la liberté ? Et existe-t-il un autre délit pour lequel il n'y ait pas de prescription ?

Le refus de régularisation est une sanction d'autant plus grave que certains sans-papiers sont reconnus à l'abri de l'expulsion. En France, ces personnes sont souvent appelées des « ni, ni », « ni expulsables, ni régularisables » : elles ne peuvent bénéficier de régularisation parce qu'elles ne correspondent pas aux critères énoncés par la loi, tout en étant protégées contre l'expulsion pour des raisons différentes, par exemple en vertu de leur droit à la vie familiale. En France, ces personnes ne reçoivent pas de statut légal. En Allemagne, pour celles et ceux qui ne peuvent pas être reconduits à la frontière – par exemple, parce que le pays n'est pas encore sûr – il existe un statut dit « de tolérance » (*Duldung*) qui n'équivaut pas à un titre de séjour. Même si c'est un statut étrange – qui offre une garantie contre l'expulsion sans donner pour autant un droit au séjour – il donne accès à certains droits, comme par exemple, un revenu minimum. Ces personnes ne sont donc pas des sans-papiers et l'on peut dire qu'il y a des sans-papiers en France qui ne le seraient pas en Allemagne⁴³.

Le refus de régulariser des personnes, dont certaines sont réputées à l'abri de l'éloignement, est une mesure disproportionnée en comparaison du but poursuivi. Une mesure est disproportionnée lorsqu'elle demande des sacrifices intolérables ou lorsque le même but pourrait être atteint par des politiques moins restrictives. Or, ces deux conditions sont toutes deux remplies dans l'argument de l'appel d'air. D'une part, la renonciation au statut légal est un sacrifice qui peut difficilement être demandé à une personne, quel que soit l'objectif poursuivi. D'autre part, l'objectif suggéré en creux par les tenants de l'argument de l'appel d'air n'est autre que le contrôle des frontières. On peut d'abord douter que le souhait de mener une politique d'immigration qui soit uniquement « choisie » et jamais « subie » représente un objectif légitime. Mais quelle qu'en soit la légitimité, il est peu probable que la privation d'existence légale des personnes qui se trouvent déjà sur le territoire, parfois depuis plus de dix ans, soit le moyen le plus direct de l'atteindre. À défaut d'une politique réussie de contrôle des frontières et des ambassades, peut-il être juste de sacrifier les membres *de facto* de la communauté ?

Certes, les tenants de l'argument de l'appel d'air se montrent parfois indulgents. Ils compensent le sacrifice demandé par la

43. Le gouvernement allemand a procédé, en 2006, à une vague de régularisations des titulaires du statut de *Duldung*, tandis que le gouvernement français n'a pas procédé à des régularisations depuis plus de dix ans.

promesse d'une régularisation « au cas par cas ». Mais cette promesse ne peut pas être conforme aux normes d'une justification publique. Selon l'éthique de la discussion, le droit à l'appartenance dans une communauté dialogique impliquera, pour l'étranger, un *droit de connaître* les conditions requises pour devenir membre. Pour l'État, il impliquera un devoir de transparence et de clarté sur ces politiques, qui permette d'éviter les caprices de la bureaucratie⁴⁴. Or, la régularisation « au cas par cas » ne suggère pas uniquement un nombre limité de bénéficiaires, mais aussi le caractère exceptionnel et sans doute, subjectif, des décisions.

Pour résumer, l'argument de l'appel d'air est fallacieux non seulement parce qu'il n'accorde aucune valeur à l'appartenance *de facto* de certains sans-papiers à la communauté, mais parce qu'il demande des sacrifices intolérables en vue des objectifs dont la légitimité est contestable. De ce fait, l'argument échoue en tant que justification publique et manque de respect aux personnes concernées. En outre, une politique plus respectueuse des personnes humaines devrait commencer par la décriminalisation des sans-papiers. Rappelons que le terme qui les désigne est souvent connoté négativement. Le mot allemand *die Illegalen* (les illégaux) tend à les criminaliser davantage que l'expression française « sans-papiers » qui évoque plutôt les mouvements des « sans » – les sans-emploi, les sans-abri – révélant aussi le déplacement des modalités du conflit social⁴⁵. De façon plus générale, cette exigence de décriminalisation s'applique à tous les immigrés, dès lors que le droit d'émigrer, « de quitter tout pays, y compris le sien » est un droit humain fondamental. Cette exigence vaut d'autant plus que le problème d'Arendt reste entier et d'actualité, puisque la reconnaissance de ce droit n'oblige au plus que le pays quitté, sans engager un quelconque pays destinataire en particulier.

Conclusion

Selon l'éthique de la discussion, le droit d'avoir une existence légale et, en dernière instance, d'appartenir pleinement à la communauté politique est un droit humain fondamental. Refuser de

44. S. Benhabib, *The Rights of Others...*, *op. cit.*, p. 139-140 (notre traduction).

45. Daniel Mouchard, « Les mobilisations des “sans” dans la France contemporaine : l'émergence d'un “radicalisme autolimité” », *Revue française de science politique*, vol. 52, n° 4, 2002, p. 425-447.

régulariser les sans-papiers qui séjournent depuis longtemps sur le territoire ou qui appartiennent *de facto* à la communauté constituée, selon cette perspective, une grave violation des droits de l'homme. Si cette position est compatible avec l'idée que les démocraties ont besoin de frontières, il n'en reste pas moins que la souveraineté d'un État libéral doit s'auto-limiter, en imposant des critères d'appartenance justes.

Insa Breyer est diplômée en sciences politiques. Elle est actuellement doctorante de l'Université Libre de Berlin/Institut Otto-Suhr et de l'Université Jules Verne/Picardie. Ses recherches, financées par une bourse du Centre Marc Bloch et par la Fondation Hans-Böckler, portent sur les sans-papiers, notamment sur les interdépendances entre les structures étatiques et les conditions de vie des personnes sans titre de séjour en Allemagne et en France. Elle est l'auteur, avec le groupe MOV'ING ON, d'une exposition sur l'identification des étrangers et des citoyens.

Speranta Dumitru est philosophe et travaille actuellement à la Chaire Hoover d'éthique économique et sociale de l'UCL en Belgique. Elle a été active auprès de l'association Cimade, spécialisée dans le conseil juridique aux sans-papiers. Elle est l'auteur de nombreux articles, dont certains portent sur le nationalisme et les droits des minorités. Plus récemment, elle a édité le volume sur « Le libéralisme de gauche », *Raisons Politiques*, n° 23, août 2006.

RÉSUMÉ

Les sans-papiers et leur droit d'avoir des droits. Une approche par l'éthique de la discussion

L'objectif de cet article est de montrer que le refus de régulariser les sans-papiers qui résident depuis longtemps sur le territoire constitue une violation profonde des droits humains. En prenant appui sur le concept de droit d'avoir des droits, tel qu'il a été forgé par Hannah Arendt et élaboré par Seyla Benhabib, nous montrons que sa signification première est le droit d'avoir une existence légale. Nous critiquons les raisons de nature conséquentialiste qui mettent en avant les effets qu'aurait la régularisation des sans-papiers sur la venue de nouveaux migrants non souhaités : cette forme de dissuasion n'est ni efficace, ni juste. Nous soutenons qu'une politique de l'immigration qui se veut toujours « choisie » et jamais « subie » est inacceptable d'un point de vue éthique.

Undocumented Immigrants and Their Right to Have Rights : A Discourse Ethics Approach

The aim of this article is to show that refusing to legalize the status of undocumented immigrants who have been long-term residents is a serious violation of human rights. The “right to have rights” – a term coined by Hannah Arendt and developed by Sheila Benhabib – should be construed first and foremost as the right to a legal existence. We take issue with consequentialists who warn that legalizing the status of undocumented aliens will encourage further undesirable immigration, for withholding legal status in order to deter illegal newcomers is neither efficacious nor just. We conclude that “selective” as opposed to “endured” immigration policies are ethically untenable.